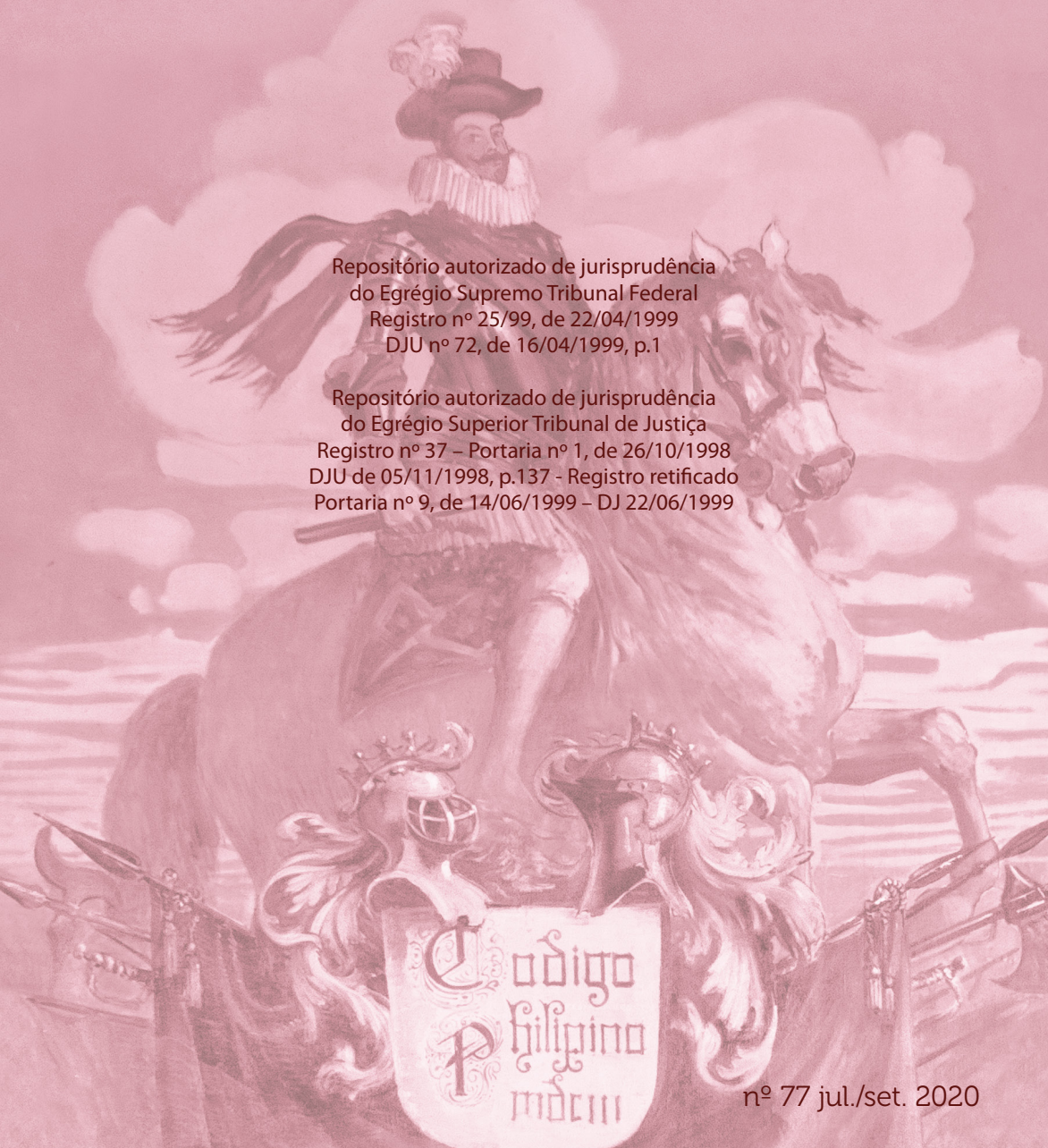


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



nº 77 jul./set. 2020

Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa

Renato de Lima Castro*

Sumário

1. Introdução. 2. Aspectos gerais do Acordo de Não Persecução Cível. 3. Pressupostos de aplicação do Acordo de Não Persecução Cível. 3.1. Contornos normativos. 3.2. Caracterização administrativa do Acordo de Não Persecução Cível como ato discricionário. 3.3. Momento para propositura do Acordo de Não Persecução Cível. 3.4. Legitimidade concorrente e utilização de prova coligida. 4. Escolha das sanções a serem impostas. 4.1. A avaliação da magnitude do injusto ímprobo na escolha das sanções. 4.2. Possibilidade de intervenção judicial na sanção acordada: hipótese excepcional. 4.3. Eventuais limites às espécies de sanções: renúncia a direitos fundamentais. 5. Acordo de Não Persecução Cível e colaboração premiada: aproximações e distinções. 6. Conclusões.

Resumo

O estudo proposto destina-se a investigar o acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Serão analisados os pressupostos formais e materiais para sua concretização, bem como vários problemas teóricos que serão objeto de constante preocupação doutrinária, tais como: legitimidade concorrente; espécies de sanções cabíveis de serem propostas; necessidade ou não de homologação judicial; distinções entre acordos de não persecução e compromisso de acordo de conduta e outros. O método é o dedutivo, por meio da análise de leis, livros, artigos jurídicos e orientações jurisprudenciais

Abstract

The proposed study aims to investigate the civil non-persecution agreement on Administrative Improbability Law ("Lei da Improbidade Administrativa"). It will be analyzed the formal assumptions and materials for its concretization, as well as various theoretical problems that will be object of constant doctrinal concern, such as: competing legitimacy; types of suitable sanctions to be proposed; necessity or not of judicial homologation; distinctions between non-persecution agreements and commitment to conduct

* Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-graduado em Direito Penal e Econômico e Europeu, Coimbra. Promotor de Justiça titular do Ministério Público do Estado do Paraná.

agreements, and others. The method is the deductive, through the analysis of laws, books, legal articles, and jurisprudential guidelines.

Palavras-chave: Direito administrativo sancionador. Acordo de Não Persecução. Sanções aplicáveis.

Key words: *Administrative law sanctioning. Non-persecution agreement. Applicable sanctions.*

1. Introdução

A Lei nº 13.964, sancionada no dia 24 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), trouxe inúmeras alterações na legislação brasileira. Embora algumas disposições tenham sido, de fato, importantes para o combate à criminalidade, é certo que o então projeto proposto pelo Ministro da Justiça sofreu significativas alterações que desnaturaram os propósitos originalmente almejados.

Não é este, todavia, o momento em que serão abordadas referidas alterações. Busca-se neste artigo analisar, exclusivamente, as mudanças promovidas pelo pacote anticrime na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92), especificamente quanto a admissão do acordo de não persecução cível.

Assim, o pacote anticrime, ao tempo em que revogou o parágrafo primeiro do art. 17 da mencionada Lei de Improbidade Administrativa, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações previstas nesta lei especial, admitiu o acordo de não persecução cível, nos termos desta lei.¹

Vale observar que as disposições legais que implementariam as situações legitimadoras do acordo de não persecução cível foram vetadas pela Presidência da República, cujo veto foi mantido pelo Congresso Nacional.

Portanto, a significativa alteração de postulados fundamentais até então concebidos pela Lei de Improbidade Administrativa, correspondente à não aceitação de qualquer transação, acordo ou conciliação em razão da indisponibilidade do direito resguardado por este ramo do direito administrativo sancionador, foi apenas parcialmente regulado pelo Pacote Anticrime, já que, de um lado, previu o instituto da não persecução cível; e, por outro, não estabeleceu seus pressupostos de atuação, tal como ocorreu no acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Nesse viés, será necessário verificar se a ausência da previsão dos pressupostos de admissão do acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa

¹ Sobre uma ótima reflexão acerca de soluções consensuais de conflito, vide “Solução Extrajudicial de Conflitos na Proteção do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa”, de autoria de Cláudio Smirne Diniz e Eduardo Cambi, publicado em Revista dos Tribunais, vol. 994/2018, p. 49–69, ago./2018.

inviabiliza a adoção do instituto. E, com a possibilidade de sua utilização, delinear as normas que o orientam, com seus contornos e limites de aplicação.

Pretende-se, também, averiguar quais são os elementos do acordo de não persecução cível, conceito, natureza jurídica, alcance e limites, a partir dos princípios fundamentais que gravitam no microsistema do direito administrativo sancionador. Deve-se, outrossim, divisar institutos como acordo de não persecução cível e compromisso de ajuste de conduta, com seus respectivos objetos e pressupostos.

Visa-se, por derradeiro e de *lege ferenda*, a apontar alguns referencias para aplicação do acordo de não persecução na improbidade administrativa, quer porque se trata de instituto recente e, por isso, comporta acurado exame, quer para identificar pressupostos de estabelecimento ou, ainda, para demarcar os limites de atuação dos órgãos acometidos do poder-dever institucional de coibir atos de improbidade administrativa.

Para cumprir esse propósito, existem diversos problemas que devem ser objeto de reflexão, quais sejam indagar se o acordo de não persecução civil por um colegitimado vincula outros que também detenham legitimidade; se o referido acordo trata-se de um ato administrativo vinculado ou discricionário, bem como se o eventual cumprimento de seus requisitos gera direito subjetivo à sua obtenção; verificar se há plena liberdade de proposição de quaisquer das espécies de sanção decorrentes do ato ímprobo ou se algumas delas apenas podem ser impostas com o transcurso do devido processo legal, sucedido de uma condenação transitada em julgado.

Também se tem como problema quanto ao momento de proposição do acordo de não persecução na esfera da improbidade administrativa, bem assim se há ou não irrenunciabilidade de direitos fundamentais quando da aceitação de qualquer espécie de sanção decorrente do ato de improbidade administrativa.

Realiza-se, outrossim, breve abordagem acerca dos limites eventualmente impostos ao proponente do acordo de não persecução na proposição das espécies de sanções advindas da prática do ato de improbidade administrativa.

Por derradeiro, apresenta-se algumas aproximações e distinções entre o acordo de não persecução civil e a colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa.

Ao fim, as principais conclusões extraídas do estudo proposto são explicitadas.

2. Aspectos gerais do Acordo de Não Persecução Cível

O acordo de não persecução cível estabelecido pelo Pacote Anticrime, com a inserção do art. 17, § 1º da Lei nº 8429/1992, consiste na possibilidade do legitimado à proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa realizar um negócio jurídico com o autor do fato ímprobo, na fase da investigação ou mesmo após a formulação da pretensão acusatória (antes ou após o recebimento da petição inicial), destinado a imposição de uma ou algumas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, o autor do fato ímprobo não se submete ao processo, evitando todos os ônus dele advindos, entre os quais

honorários de advogado, medidas assecuratórias patrimoniais, procrastinação do processo em decorrência da morosidade da justiça.

Reputa-se necessário, entretanto, o estabelecimento de determinados critérios objetivos, que se caracterizam em verdadeiras barreiras de contenção doutrinária, destinadas à proba e eficiente utilização do instituto da não persecução civil, já que sua finalidade precípua deve ser o aprimoramento de mecanismos para fortalecer a proteção dos bens jurídicos resguardados pela Lei de Improbidade Administrativa.

Apontada estas breves considerações iniciais, há que se estabelecer algumas distinções conceituais do acordo de não persecução civil, compromisso de ajuste de conduta, colaboração premiada na improbidade administrativa e acordo de leniência.

Nesse cenário, como o Pacote anticrime alterou o art. 17, § 1º da Lei nº 8429/92, ao prever o acordo de não persecução civil sem delimitação de seu campo de abrangência, entende-se que, para fins de delimitação dos pressupostos de atuação, deve-se nominar acordo de não persecução civil como gênero, para abarcar todas as espécies abstratamente previstas na legislação, sendo espécies: compromissos de ajustamento de conduta; acordos de não persecução em sentido estrito não instrumentais e acordos de não persecução civil de caráter instrumental.² Estes se concretizam nas colaborações premiadas ocorridas na improbidade administrativa ou no acordo de leniência. Já os acordos de não persecução em sentido estrito não instrumentais são aqueles que não exigem qualquer espécie de colaboração do autor do fato ímprobo. Recaem sobre os atos de improbidade administrativa de gravidade média/grave, ou de escassa gravidade, que são as modalidades de ato de improbidade de menor potencial ofensivo.

Note-se que, no TAC, em decorrência de sua limitação legal contida na Lei de Ação Civil Pública e na Resolução nº 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, o titular da pretensão poderá firmá-lo sem disponibilização do direito material, limitando-se o acordado ao prazo ou forma de cumprimento da obrigação pactuada. Assim, v.g., no parcelamento dos danos causados ao erário, ou do pagamento da multa imposta, parcela-se, sem disponibilidade do direito. O TAC, assim, pode ser efetivado a qualquer tempo.

Já no acordo de não persecução civil em sentido estrito não instrumental, várias situações podem ocorrer. A uma, o ato de improbidade administrativa é dotado de escasso desvalor de comportamento e de resultado e que, segundo o princípio da proporcionalidade, assim como a eficiência administrativa, legitimam que o Ministério Público, fundado em um juízo discricionário devidamente motivado, justifique o rápido ressarcimento do erário, ou o pagamento de eventual multa imposta, sem a propositura de outras sanções decorrentes do ato de improbidade. Nesta hipótese, firma-se um instrumento, materializado no próprio acordo de não persecução civil, com

² Esta classificação provém do professor de direito administrativo e Promotor Adjunto da Subjur do Ministério Público do Estado do Paraná, Cláudio Smirne Diniz, que muito contribuiu para o aprimoramento das ideias defendidas neste estudo.

antecipação da sanção que, segundo a magnitude do injusto ímprobo, é apropriada à espécie. Este acordo de não persecução cível pode ser na fase da investigação, ou no processo, até a contestação.

Uma segunda hipótese, ainda denominada de acordo de não persecução cível em sentido estrito, pode ter por objeto um ato de improbidade dotado de média ou grande gravidade, em que o titular da pretensão acusatória, após emitir um juízo de valor quanto as espécies de sanções a serem propostas, discriminará no acordo as espécies de sanção propostas, sejam elas de proibição de contratar com o poder público, perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos. Note-se que, aqui, os atos normativos a serem estabelecidos, de *lege ferenda*, pelo Congresso Nacional, ou Ministérios Públicos ou Conselho Nacional do MP, deverão disciplinar as hipóteses em que será necessário ou não a confissão, já que, no mais das vezes, sua exigência inviabiliza o acordo de não persecução, sobretudo nas hipóteses em que o autor do fato ímprobo é político ou tem pretensões políticas.

Digno de registro, outrossim, que embora a confissão possibilite o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, o que autoriza e legitima a incidência do microsistema punitivo do Estado, com as correspondentes limitações ou restrições aos direitos fundamentais do autor do fato ímprobo (assunto a ser oportunamente tratado), é plenamente possível normativamente estabelecer sua necessidade ou desnecessidade, à vista de determinadas condicionantes estabelecidas na legislação (de *lege ferenda*).

Sem se adentrar no debate a ser desenvolvido, relativamente à ilegalidade ou inconstitucionalidade na proposição de acordo de não persecução de sanções graves (suspensão de direitos políticos/perda da função pública), com a simples homologação judicial, já que na espécie há o exercício da defesa técnica e autodefesa, é possível editar, normativamente e na forma admitida pela disposição contida no art. 190 do Código de Processo Civil, que as partes convençionem cláusulas processuais com ritos abreviados, com cognição probatória abreviada, em que o autor do fato já reconhece e ratifica as provas produzidas durante a fase de investigação, sem a possibilidade da interposição de recursos advindos desta sucessão de atos processuais.

Estas sugestões normativas se destinam, a um só tempo, dotar o direito administrativo sancionador do Estado de maior celeridade e eficiência administrativa, o que propiciará uma duração razoável do processo, com a correspondente satisfação dos direitos por meio de soluções consensuais. O magistrado, equidistante das partes, fiscalizará e exercerá os poderes inerentes à jurisdição, sempre que assim se fizer necessário para a busca de uma solução justa.

Claro que se necessita um olhar proativo para o exercício da jurisdição. Não a vislumbrar como uma necessária sucessão encadeada de atos processuais herméticos. É hora de se conferir aos sujeitos do contraditório maior proeminência e responsabilidade no exercício de seus direitos fundamentais, quer porque seu titular, acompanhado de advogado, pode reconhecer a restrição a direito que lhe pertence, quer porque,

via de regra, é o Ministério Público que figurará em um dos polos do negócio jurídico proposto, no exercício de parcela legítima de função Estatal.

A terceira e última espécie do acordo de não persecução cível, de caráter instrumental, seria a colaboração premiada na improbidade administrativa e do acordo de leniência, que se materializam no poder do titular da pretensão acusatória (ou outro colegitimado), em decorrência de colaboração premiada firmada com o autor do fato delituoso ou fato ímprobo, ou com a pessoa jurídica que, por meio de seus representantes, pratica ato ilícito, renunciar uma, algumas ou todas as espécies de sanção decorrentes da improbidade administrativa ou previstas na Lei Anticorrupção, já que a importância dos elementos probatórios apresentados pelo colaborador são fundamentais ao deslinde da investigação. No acordo de leniência não se faz necessário a homologação judicial, já que inexistente previsão na lei de regência (Lei Anticorrupção nº 12846/13; Lei nº 12569/11 - CADE).

Observe, a propósito, que no acordo de não persecução cível de caráter instrumental, admite-se total disponibilidade das sanções abstratamente previstas na Lei de Improbidade ou na Lei Anticorrupção, já que sua natureza materializa-se em verdadeiro instrumento conferido aos órgãos de persecução do Estado para fins de investigação e descortino de fatos ímprobos.

Pode-se questionar, por outro vértice, se a criação do acordo de não persecução cível trata-se de uma medida salutar no microssistema de proteção da probidade administrativa. É indubitoso que a eternização dos processos, somado a infundáveis prescrições de ações penais e de improbidade administrativa criaram um “solo” propício para a promoção e aprovação destas recentes alterações na legislação brasileira. A consensualidade, então, passa a ser fundamental meio da promoção e salvaguarda de direitos coletivos, ainda que alguns deles no passado recente tenham sido marcados com o status de sua indisponibilidade.

Indaga-se, outrossim, se a ausência de expressa previsão na Lei de Improbidade Administrativa dos pressupostos para a efetivação do acordo de não persecução cível inviabiliza sua proposição, diante do veto presidencial e de sua manutenção pelo Congresso Nacional.

A resposta a esta questão é certamente negativa, já que o diálogo das fontes permite a utilização dos referenciais advindos do microssistema penal para o direito administrativo sancionador, quer porque há balizas doutrinárias e jurisprudenciais que certamente servirão como regras intransponíveis e limitadoras de eventuais propostas de não persecução civil desmedidas, quer porque as aproximações decorrentes de microssistemas estatais que consagram o direito de punir do Estado não apenas podem como devem se inter-relacionar.

Para logo, a natureza jurídica do acordo de não persecução cível é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, que se aperfeiçoa pela manifestação de vontade em sentidos opostos; de um lado, o Ministério Público ou colegitimado, após a realização de um juízo de valoração firmado na maior ou menor magnitude do injusto, formulará

a proposta de acordo, que consistirá a necessidade de reparação do dano, cumulada com uma ou mais das sanções abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa; de outro, o autor (s) do fato ímprobo (s), por intermédio da autodefesa e defesa técnica, poderá aceitar as propostas apresentadas, entabular contraproposta, para, assim, concretizar o negócio jurídico.

É *sui generis* porque: de um lado, há reduzida liberdade das partes intervenientes no negócio, já que as sanções serão proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo.

Ainda assim, trata-se de negócio jurídico bilateral, entendendo-se que, de um lado, o Promotor de Justiça/Procurador da República ou outros legitimados não são obrigados à sua proposição; de outro, o autor do fato ímprobo não possui direito subjetivo à obtenção da proposta. Este assunto será devidamente retomado em tópico específico.

3. Pressupostos de aplicação do Acordo de Não Persecução Cível

3.1. Contornos normativos

Conforme já foi enfatizado, inexistente, ao menos até o momento, delimitação dos pressupostos necessários ao aperfeiçoamento do acordo de não persecução cível. Esta assertiva, é claro, não se estende ao acordo de não persecução na seara processual penal, que além de admitir sua ocorrência, estabeleceu as condições necessárias à sua aplicação, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Embora inexistente no Código de Processo Civil ou mesmo na Lei de Improbidade Administrativa expressa previsão dos requisitos necessários à aplicação do acordo de não persecução cível, ao menos até o momento, entende-se plenamente admissível o diálogo entre os microssistemas penal e administrativo sancionador, que emanam do poder punitivo e sancionatório do Estado (diálogo este que subsistirá até o advento de Lei ou ato normativo dos Ministérios Públicos Estaduais, nacional ou do Conselho Nacional do Ministério Público).

Reconhece-se, assim, que um dos fundamentos desse diálogo não é apenas porque os microssistemas possuem confluências que os aproximam, mas, fundamentalmente, porque, via de regra, a proximidade decorre do fato ilícito comum a partir dos quais consequências sancionatórias destes microssistemas advêm – fato de corrupção pública.

Nesse cenário, conforme já destacado em outra oportunidade, a corrupção trata-se de um ilícito multifacetário³. Com o mesmo comportamento funcional, pode o agente violar vários bens jurídicos protegidos por microssistemas diversos e incorrer em sanções correspondentes a cada ramo jurídico ofendido.

³ CASTRO, Renato de Lima. Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa. In: *Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 66, out./dez. 2017.

Assim, ao tempo em que o comportamento do agente corrupto é subsumido ao tipo de injusto penal, também se adequa às disposições previstas na Lei de Improbidade Administrativa, bem como está sujeito às sanções decorrentes de infrações disciplinares correspondentes. Ressalte-se que, valendo-se de pessoa jurídica para prática do fato ímprobo, também está submetido ao regramento previsto na Lei Anticorrupção.

Portanto, há um microssistema de proteção, há vários microssistemas (v.g. penal, administrativo) de proteção de bens jurídicos ligados à probidade da Administração Pública, segundo o grau de afetação do bem jurídico lesado, o maior ou menor desvalor de ação e resultado, assim como a maior exigência de conformação típica das ações ou omissões proibidas ou exigidas, segundo os postulados da determinação taxativa, corolário do princípio da reserva legal.

Assim, o ato de corrupção, com suas vertentes penal, civil e administrativa, legitima que os microssistemas de proteção dialoguem, não apenas porque parte do fato comum de corrupção, mas sobretudo porque emanam do poder de punir do Estado e com restrição ou limitação de bens ou direitos para tutela de interesses públicos fundamentais.

Nesse viés, admite-se a plena viabilidade de se utilizar, guardadas as devidas proporções, os critérios exigidos pela disposição processual penal referente ao acordo de não persecução penal, para o instituto de acordo de não persecução cível.

Enfatiza-se que a admissão da utilização da analogia para colmatção do sistema jurídico é apenas admitido na hipótese de ausência de expressa previsão normativa dos pressupostos de admissão do acordo cível. Claro que, de *lege ferenda*, é plenamente admissível e recomendável que haja nova intervenção legislativa, para delimitar os pressupostos do acordo, na seara cível (até que sobrevenha ato normativo emanado dos Ministérios Públicos de cada ente federativo ou do Conselho Nacional do Ministério Público). Até que isso ocorra, reputa-se necessário a utilização da analogia.

Nesse cenário, dispõe o art. 28-A do Código de Processo Penal um conjunto de requisitos para aperfeiçoamento do acordo de não persecução penal, consistentes: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; renúncia a bens ou direitos que forem instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviços à comunidade; pagar prestação pecuniária e cumprimento de obrigação ou condição condizente e proporcional com a prática do ato ilícito praticado.

Assim, reputa-se compatível com a natureza do Ato de Improbidade Administrativa apenas algumas destas condicionantes, sendo elas: eventual confissão do ato ímprobo, com esteio na obrigação genérica admitida pela disposição processual penal, para fins de proposição de sanções de maior gravidade (a confissão, assim, serve como verdadeira premissa de submissão do agente ao regime de responsabilidade e sanção prevista no ordenamento jurídico. Não se recomenda, é verdade, em todas as espécies de atos ímprobos, conforme será oportunamente tratado).

De igual modo, nem sempre haverá um ilícito penal subjacente, já que se pode tratar de ato de improbidade administrativa que se limita a violar os princípios da

administração pública (art. 11, *caput*, da Lei nº 8429/92) ou que cause lesão culposa ao erário, nos termos do art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, sem um correspondente típico penal. Todavia, a inexistência do ilícito penal subjacente ao ato ímprobo não inviabiliza o diálogo das fontes entre o direito penal e o administrativo sancionador (improbidade administrativa).

Quanto ao requisito relativo a reparação do dano ou restituição da coisa desviada ou subtraída da vítima (no ato de improbidade, a pessoa jurídica de direito público ou privado que receba subvenção pública), vislumbra-se que é condição necessária para que haja restituição do dano causado ao erário, decorrente da prática do ato ímprobo. Trata-se, na hipótese, da espécie de ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário nos termos do art. 10, *caput*, da Lei nº 8429/92. Então, a reparação do dano limita-se a esse tipo de injusto ímprobo, não sendo exigível nas demais espécies ímprobos (art. 9º e 11).

Por outro lado, nas situações de enriquecimento ilícito, o valor acrescido ilicitamente ou mesmo os bens eventualmente desviados ou subtraídos (peculato) do ente público ou privado que recebe subvenção pública devem ser entregues à Administração Pública.

Outra condição, ainda que genericamente estabelecida pela Lei Processual Penal, é que o acordo de não persecução seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Essa é a regra de prevenção, geral e especial, inerente à sanção penal. Para o correspondente na improbidade administrativa, reputa-se fundamental que a escolha das sanções a serem impostas, além de analisar a magnitude do injusto ímprobo, deve, também, ter como referencial o desestímulo a novas práticas ímprobos, tanto em seu caráter geral quanto especial.

Reprise-se, em sede conclusiva, que embora se preconize, no estudo proposto, a utilização da analogia das regras processuais penais referentes ao acordo de não persecução criminal, força é reconhecer que a Lei, emanada do Congresso Nacional, ou os atos normativos provenientes dos Ministérios Públicos Estaduais ou Nacional ou até do Conselho Nacional do Ministério Público, podem e devem estabelecer pressupostos próprios, diversos daqueles constantes na disposição processual penal, dada as peculiares condições dos atos de improbidade administrativa. Quiçá, a confissão ou reconhecimento da prática do ato de Improbidade administrativa seja apenas recomendável nas espécies de sanções de grande gravidade, tais como suspensão de direitos políticos e perda da função pública, já que, nestas hipóteses, algumas restrições de direitos fundamentais exigem, conforme será oportunamente defendido, que o reconhecimento da prática do fato ímprobo seja um dos antecedentes indispensáveis para a concretização das sanções graves a serem dispostas no Acordo de Não Persecução Cível.

3.2. Caracterização administrativa do Acordo de Não Persecução Cível como ato discricionário

O acordo de não persecução cível trata-se de um ato administrativo discricionário porque se incumbe ao legitimado ativo emitir um juízo de valoração e ponderação acerca da conveniência e oportunidade para sua concretização. Exige, assim, verificar se as sanções a serem propostas, proporcionais à magnitude do injusto ímprobo, também previnem, geral e especialmente, novas práticas ímprobas.

Nesse viés, não é possível exigir do legitimado a proposição do acordo. Na qualidade de ato discricionário, não gera direito subjetivo do autor do fato ímprobo à obtenção do acordo de não persecução. A proposição, ou não, está no espectro de atribuição do titular da função pública, que deverá fundamentar a orientação perseguida.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro, ao esclarecer as características do ato vinculado, afirma que:

[...] esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; nesse caso se diz que o poder da administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.⁴

Adiante, Di Pietro delimita o ato discricionário, como sendo aquele em que:

[...] o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador [...].⁵

Nessa métrica, o colegitimado, *v.g.*, Promotor de Justiça, possui a faculdade de, à vista da concreta situação a ele submetida, verificar se o acordo de não persecução cível terá o condão de atingir os fins a que se destina, sobretudo após apropriadamente sopesar se as espécies de sanções são proporcionais ao ato ímprobo praticado. Pode,

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 205.

⁵ *Ibidem*.

ao contrário, verificar que, estrategicamente e para os fins de combate à espécie de ato de improbidade de que se trata, não ser passível de concretizar esse negócio jurídico.

Forçoso é observar, outrossim, que o caráter de ato administrativo discricionário não deslegitima a natureza do acordo de persecução como negócio jurídico bilateral, que pode ter natureza processual ou extraprocessual, dependendo da fase de sua concretização. Sua discricionariedade não é arbitrária, sendo os motivos expostos passíveis de controle na instância ministerial superior (quando o legitimado é o Ministério Público), aplicando-se analogicamente o art. 28 do CPP.

Nesse cenário, o que se defende é a não utilização das prerrogativas institucionais de forma arbitrária, desarrazoada, já que se consubstancia em comportamento inadmissível em um Estado de Direito democrático. Portanto, a ausência de um subjetivo direito à obtenção de acordo de não persecução não significa afirmar a necessidade de aceitação de decisões arbitrárias e respaldadas em meros caprichos da autoridade investigada da função pública.

Registre-se, por fim, que ao afirmar que o acordo de não persecução cível trata-se de ato administrativo, é fato que, de um lado, os demais requisitos do ato administrativo devem estar presentes – competência, finalidade e forma – e, sobretudo, deve ser devidamente motivado, porque em uma República todo ato administrativo, executivo ou judicial, são passíveis de controle (direta ou indiretamente).

3.3. Momento para propositura do Acordo de Não Persecução Cível

É fato que o acordo de não persecução cível deve ter uma limitação temporal para sua propositura, quer porque se deve exigir lealdade dos sujeitos envolvidos, quer porque os princípios da economia, duração razoável do processo e eficiência não admitem que se autorize a realização de uma longa e acirrada discussão probatória, para, ao final, se propor ou não o acordo.

Portanto, embora esta disposição legal constante no pacote anticrime tenha sido vetada pela Presidência República, entende-se que o final do aperfeiçoamento de acordo de não persecução cível deve ser até a contestação. Assim, contestada a ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, passa a ser inadmissível a formulação do acordo, já que o Estado não pode permitir que, de um lado, o autor do fato ímprobo aguarde o término da instrução para aquilatar a conveniência/oportunidade de realizar o acordo de não persecução em sentido estrito ou leniência, já que isso implica, também, violação da eficiência administrativa, economicidade e contribui ainda mais para a morosidade da prestação jurisdicional.

É fato que inexistente uma limitação temporal para a propositura do acordo de não persecução cível. Assim, sugere-se, de *lege ferenda* e para evitar celeumas doutrinárias e jurisprudenciais, que esta matéria seja disciplinada pelos Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público ou, é claro, por nova intervenção legislativa.

3.4. Legitimidade concorrente e utilização de prova coligida

O Presidente da República vetou a disposição legal que conferia exclusiva legitimidade ao Ministério Público na celebração do acordo de não persecução cível. Este veto foi mantido pelo Congresso Nacional. Nessa ordem, aplica-se a teoria geral a respeito do tema, no sentido de que aquele que detém legitimidade para propor a ação civil pública (entes lesados), também detém capacidade de efetivar o acordo de não persecução cível com o autor do fato ímprobo.

Há um problema, todavia, que será objeto de muitas controvérsias. Consiste na legitimidade concorrente para a celebração do acordo de não persecução cível, esteado no mesmo fato ímprobo. Assim, *v.g.*, o titular da Promotoria de Defesa do Patrimônio Público de Londrina firma acordo de não persecução cível com um autor de fato ímprobo. Este acordo, que terá força de título executivo extrajudicial, não vincula os demais concorrentes, que detêm a legitimidade para propor a correspondente ação civil pública pela prática do ato de improbidade administrativa. Idêntica assertiva estende-se à hipótese do acordo a ser efetivado no processo.

Assim, para evitar que um ou alguns dos colegitimados ingressem com ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa já firmado acordo de não persecução com outro legitimado, deve a defesa técnica buscar a reunião dos colegitimados na “negociação”, no sentido de que participem do acordo de não persecução cível e, via de consequência, firmem o Termo de Ajuste de Conduta em conjunto, vinculando-os aos termos do acordo compromissado.

Questão importante, outrossim, é indagar se no acordo de não persecução cível deve constar eventual possibilidade de se utilizar as declarações do colaborador e dos elementos de prova por ele apresentados, para fins de ser, eventualmente, utilizado por outro colegitimado.

A questão tratada é a transversalidade ou não dos termos de colaboração premiada ou do acordo de não persecução cível, segundo a qual se admitirá a utilização das provas apresentadas pelo colaborador ou agente ímprobo, ou suas declarações, em outras instâncias, judicial e administrativa e, como decorrência desta utilização transversal das provas conferidas pelo colaborador (na hipótese de acordo de não persecução cível de caráter instrumental), também admita a redução/isenção de sanções previstas nos demais microssistemas de controle da Administração Pública.

O que se discute, *v.g.*, é se um colaborador que confessa a prática de um fato de corrupção pública, assim como apresenta inúmeros elementos de prova de sua concretização, poderá ter sua confissão, pressuposto da colaboração premiada aperfeiçoada no campo penal e demais provas, transportada para a improbidade administrativa e para a infração administrativa, sem sua anuência expressa no compromisso firmado. Admitido esse “transporte” para outras esferas de responsabilidade, metriticamente também há que se exigir a redução ou isenção das sanções previstas, segundo a extensão e profundidade da colaboração.

Nesse viés, entende-se que ao colaborador assegura-se o direito à não autoincriminação e, via de consequência, o direito constitucional ao silêncio, razão pela qual apenas se pode utilizar as provas contra ele produzidas nos estritos limites de sua aquiescência, fruto do negócio processual aperfeiçoado com o Estado acusação. Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica são sustentáculos desta orientação.

São oportunas as considerações de Anamaria Prates Barroso (2019), segundo a qual:

Quando decide por colaborar, o colaborador opta por não exercer o seu direito à não autoincriminação. O direito fundamental à não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* está previsto, expressamente, no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, e no artigo 8º, inciso II, alínea “g”, do Pacto de San José da Costa Rica. Engloba tanto o direito de permanecer em silêncio, quanto o de não ser obrigado, ou induzido, a produzir provas contra si. O § 14 do artigo 4º da Lei 12.850 dispõe que o colaborador deve renunciar ao seu direito ao silêncio. Homologada a delação, o colaborador tem direito subjetivo às sanções premiais acordadas. Entretanto, não pode o colaborador se ver surpreendido com a utilização de suas declarações como meio de prova contra ele em quaisquer outras ações. A colaboração está fincada nos princípios da confiança e da segurança jurídica.⁶

Estas ponderações, é claro, estendem-se a eventuais acordos de não persecução cível, ou seja, é necessário que na hipótese de confissão do fato pelo autor do ato de improbidade administrativa como pressuposto do acordo seja explicitado, em cláusula expressa, a plena transversalidade do acordo ou, eventualmente, conste ressalva quanto a necessidade de manifestação expressa do juízo competente acerca da admissão do empréstimo da prova, em reverência aos princípios da boa-fé e segurança jurídica, exigindo, é claro, que as instâncias administrativas que assim pleiteiem o empréstimo da prova, se comprometam a repercutir, proporcionalmente, na sanção prevista.

Registre-se, uma vez mais, que em decorrência do diálogo das fontes, admite-se a aplicação das normas de direito processual penal e penal ao microsistema do direito administrativo sancionador, até que, eventualmente, surja nova disciplina legal que preceitue requisitos próprios para o acordo de não persecução cível.

Por outro lado, na hipótese da relação jurídica processual já ter sido constituída, necessário se faz chamar os legítimos, como interessados, conforme autorização encartada no art. 17, § 3º da Lei de Improbidade Administrativa, que admite a notificação

⁶ BARROSO, Anamaria Prades. A Transversalidade do Acordo de Colaboração Premiada e seus Efeitos na Demissão do Servidor Público. In: *RBCCRIM*, vol. 157, jul. 2019.

da pessoa jurídica lesada (administração direta ou indireta), para integrar a lide, nos termos do art. 6º, § 3º da Lei de Ação Popular (Lei nº 4717/1965).

Será muito comum, outrossim, que haja dois órgãos de acusação diversos para atuação no fato, um com atribuições para a esfera penal e outro para a da improbidade administrativa, conforme frequentemente ocorre nas Promotorias Criminais e nas Promotorias de Defesa do Patrimônio Público Cível. É evidente que, cada qual no espectro de sua atribuição, pode firmar acordo de não persecução, criminal e cível. O ideal, é claro, sobretudo em decorrência do princípio da unidade institucional, é que estes órgãos de acusação troquem informações e coordenem esforços a fim da promoção de um acordo único, que espraíará seus efeitos na seara penal e civil correspondente.

Não se olvida, é claro, que há independência funcional de cada órgão Ministerial, mas não é menos certo que determinados temas, sobretudo quando ligados ao combate à corrupção pública, precisam ter critérios ou linhas de atuação institucional, hipótese em que se admite uma flexibilização das orientações pessoais em favor da linha institucional adotada.

Este assunto, todavia, é bastante complexo e de difícil trato neste trabalho, eis que extrapola os limites inicialmente propostos. Há que se aprofundá-las, já que o Ministério Público, constituído de uma multiplicidade de membros com diferentes orientações jurídicas e ideológicas, pode e deve estabelecer diretrizes de atuação que, certamente, não maculam o princípio da independência funcional. Ao contrário, fortalece a instituição, conferindo-lhe o status de unidade e de coesão, na persecução dos fins determinados pela Constituição Federal.

4. Escolha das sanções a serem impostas

4.1. A avaliação da magnitude do injusto ímprobo na escolha das sanções

Uma vez escolhida as sanções a serem propostas, acomete-se ao autor do fato ímprobo, devidamente assistido por advogado, aceitar ou não os termos da proposição. Então, embora não se negue a natureza de negócio jurídico entre as partes, entende-se que se trata de um negócio jurídico *sui generis*, já que não há liberdade de escolha arbitrária das espécies de sanção a ser proposta. Há, de fato, uma discricionariedade, que exige a correspondente motivação para ensejar o controle. Acomete-se ao autor do fato ímprobo, assistido por advogado, o direito de aceitar ou não os termos do acordo, sugerindo eventual substituição de uma espécie de sanção por outra.

É claro que os princípios da publicidade, motivação dos atos administrativos e controle exigem que o proponente, ao propor as sanções decorrentes do fato ímprobo, justifique as escolhas abstratamente previstas, segundo o grau de afetação do bem jurídico e o desvalor da ação proibida.

Portanto, para imposição de uma sanção adequada e suficiente pela prática do ato de improbidade administrativa, recomenda Fábio Osório Medina uma percuciente análise do tipo de injusto de improbidade administrativa, decomposto de desvalor de ação e desvalor de resultado, observando que:

Para a reprovação de uma conduta, interessa não só a vontade na ação, mas também seus efeitos [...].

Deve-se ter em conta a finalidade protetiva da norma, assim como a vontade do autor.

Um olhar aos atos de improbidade – atos ilícitos em geral – põe de manifesto que o conteúdo do modelo de conduta proibida não vem dado exclusivamente pela lesão ou pela exposição a perigo (uma espécie de lesão formal), do objeto do tipo, mas também pelo modo e forma da realização do fato, a estrutura formal da transgressão. Essa dinâmica é aberta, e permite amplos espaços de valoração por parte do intérprete, em busca do juízo fundamentado de censura. Semelhante panorama releva que a ação ou omissão ilícitas devem submeter-se a um juízo de desvalor ético-normativo, redundando na configuração do suporte para incidência da norma tipificatória da improbidade.⁷

Nesse ambiente, a individualização das sanções advindas da prática do ato de improbidade administrativa é permeada, necessariamente, pela emissão de juízo de valor, que recai sobre o tipo de injusto, composto do desvalor de ação e desvalor do resultado (lesão ao bem jurídico tutelado). Sua maior ou menor gravidade serão fundamentais para se aquilatar a(s) sanção(ões) a ser(em) proposta(s) no acordo de não persecução.

Assim, para estabelecer os pressupostos de imputação do tipo de injusto, exige-se, na dicção de Osório:

[o]s componentes pessoais do sujeito desempenham um papel importante na qualificação do grau de reprovação do fato proibido, cada vez mais presentes no ato interpretativo que define e institucionaliza normas sancionatórias. As características pessoais do agente, sua posição funcional, seu papel no marco do funcionamento da Administração Pública podem ter lugar como elementos relevantes desde a perspectiva do modelo normativo

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 286.

de conduta proibida, no plano institucional concreto, ainda que não venham expressas nos dispositivos pertinentes.⁸

Portanto, as características pessoais do agente público, assim como sua posição hierárquica na estrutura organizacional, são fatores indispensáveis para sopesar, a maior ou menor, a responsabilidade do agente público. Trata-se aqui do desvalor de ação⁹.

Já o desvalor do resultado materializa-se no grau de afetação ou das consequências advindas do ato ímprobo. Assim, vultosos danos à Administração Pública, ou mesmo graves repercussões negativas dela advindas, são inevitavelmente elementos fundamentais a incrementar, a maior, o desvalor do resultado.

Emerson Garcia, com costumeira propriedade, cita lição de Marcelo Caetano quanto à responsabilização disciplinar de agentes públicos, no sentido de que:

[d]evem ser consideradas as circunstâncias agravantes, com influência imediata na fixação da dosimetria das sanções a serem aplicadas ao agente, a produção efetiva de resultados prejudiciais ao serviço, ao interesse geral ou a terceiros nos casos em que fosse previsível como efeito necessário da conduta; a intenção de produzir esses resultados; a premeditação; a combinação ou coligação com outras pessoas para a prática do fato; o ser praticado durante o cumprimento de pena disciplinar; a reincidência; a acumulação de infrações; a publicidade do fato provocada pelo próprio agente; a prática depois de advertido por outro funcionário do caráter ilícito do fato; a categoria superior e o nível intelectual e de cultura etc., sendo atenuantes, "(...) o bom comportamento anterior do agente; o ter prestado serviços relevantes; a confissão espontânea do fato, a provocação de superior hierárquico, o ter sido praticado o acatamento de boa-fé de ordem de superior a que não fosse devida obediência."¹⁰

Estes são, via de regra, os delineamentos gerais da dosimetria das sanções na Lei de Improbidade Administrativa, que serve de ótimo paradigma para o órgão proponente escolher, adequadamente, quais espécies de sanção devem ser sugeridas no acordo. Após a realização desta minuciosa análise, poderá o órgão de persecução propor as sanções aplicáveis à espécie, que poderão ser quaisquer das modalidades

⁸ *Ibidem*, p. 241

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

¹⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. Lúmen Júris, 2013, p. 698/699.

abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam: proibição de contratar com o poder público; perda da função pública; multa civil; suspensão dos direitos políticos.

Tem-se que se reconhecer que o princípio da proporcionalidade, implicitamente albergado pela Constituição Federal, exigirá do agente Ministerial que sopesse, fundado na magnitude do injusto (maior ou menor desvalor de ação ou de resultado), quais sanções deverão ser sugeridas ao agente público que violou as disposições disciplinadas pela Lei nº 8429/92.

Por outro lado, poderia se argumentar que o Ministério Público ou outro órgão legitimado não poderia firmar o acordo de não persecução durante a fase de investigação (extrajudicial), porque se excluiria da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, nos termos do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal (CF).

É evidente que o Judiciário apenas é chamado a intervir nas hipóteses em que não ocorram a autocomposição. Na estrutura administrativa do Ministério Público, há órgãos de controle superiores, que farão a necessária e crítica avaliação do fato, assim como das consequências dele advindas (sanção proposta). Exige-se, de *lege ferenda*, que os demais legitimados estruturem, administrativamente, a análise das decisões tomadas pelos seus órgãos de execução. O exercício de um legitimado na proposição do acordo de não persecução não inviabiliza o de outro, o que exige uma necessária convergência de atuação ou, ao menos, intercomunicação.

Reputa-se fundamental, outrossim, que o Ministério Público, quando não for o legitimado para firmar o acordo de não persecução, deve atuar como fiscal da lei, nos termos do art. 127, *caput*, da CF.

4.2. Possibilidade de intervenção judicial na sanção acordada: hipótese excepcional

Os sujeitos do contraditório são as partes que entabulam o negócio jurídico, incumbindo-se ao órgão jurisdicional a função de avaliar os aspectos formais do negócio, vale dizer, o cumprimento dos pressupostos de sua admissão, assim como a plena liberdade de vontade do autor do fato ímprobo, cuja vontade deverá ser referendada pela defesa técnica (advogado).

Nesse viés, pautado no sistema acusatório albergado pelo Código de Processo Penal, aqui emprestado analogicamente, não cabe ao juiz intervir na proposição do acordo, tampouco substituir seu conteúdo. Seu papel consiste em verificar a observância do devido processo legal, mediante exame das formalidades legais e dos requisitos jurídicos pertinentes.

Portanto, não é recomendável que se macule o princípio da inércia da jurisdição, intervindo proativamente no negócio jurídico em proposição. Esta afirmação, entretanto, será oportunamente temperada em hipóteses excepcionais, em que o magistrado observe que as sanções propostas e aceitas pelas partes são ostensiva e

gritantemente desproporcionais à gravidade do injusto ímprobo, hipótese em que o órgão investido de jurisdição pode e deve negar homologação.

O autorregramento da vontade das partes vem expressamente admitida no art. 190 do Código de Processo Civil, assim como decorre do sistema acusatório também taxativamente previsto pelo Código de Processo Penal.

Antonio do Passo Cabral bem observou essa nova orientação, ao afirmar que:

[...] essa ideologia claramente incentivadora das soluções negociais parece-nos sinalizar para uma ampliação cada vez maior dos espaços de convencionalidade no direito processual brasileiro. E, pela aplicação analógica autorizada pelo art. 3º do CPP, esta lógica deve incidir não só em relação ao direito processual civil de interesse público ou coletivo, mas também à definição do procedimento no processo penal.¹¹

Enquanto negócio jurídico, as partes deverão discutir as sanções passíveis que serão propostas no acordo de não persecução. É evidente que o proponente do acordo, na escolha da espécie de sanção a ser proposta, estará jungido ao maior ou menor grau de desvalor de comportamento ou de resultado, componentes necessários do injusto decorrente do ato ímprobo.

Claro que, excepcionalmente, poderá o magistrado intervir no acordo de não persecução pactuado, quando houver absoluta e ostensiva violação do princípio da proporcionalidade, ou seja, quando se verificar total incompatibilidade entre a natureza da sanção proposta, frente ao maior ou menor desvalor do fato ímprobo.

Nessa situação o magistrado, visando salvaguardar o princípio da proporcionalidade e esteado no princípio da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXV, CF), pode negar a respectiva homologação.

É a hipótese, *v.g.*, em que se leva ao Judiciário, para homologação, acordo de não persecução cível que tem como sanções a suspensão de direitos políticos e perda da função pública de vereador pelo fato do agente ímprobo ter passado no supermercado com veículo oficial, a caminho da Câmara Municipal, para comprar alguns produtos de limpeza para sua residência. O fato viola os princípios da impessoalidade e moralidade, mas as sanções impostas no acordo não mantêm proporcionalidade e razoabilidade com o desvalor de conduta e de resultado do ato ímprobo, sendo desproporcionais.

Não é crível que a prática deste ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 *caput*, da Lei nº 8429/92 legitime a perda da função pública ou a suspensão de direitos políticos, diante da sua clara desproporção. Aqui, não se vislumbra outra solução senão ao magistrado negar a homologação, remetendo ao órgão revisor

¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 1, nº 64, p. 81, abr./jun. 2017.

ministerial para apreciar a matéria, com fundamento no art. 28 do CPP, aplicável analogicamente (quando o proponente do acordo é o Ministério Público). Não pode, evidentemente, substituir ao órgão acusatório e propor a sanção correspondente, porque estaria em exercício indevido da função jurisdicional.

Note-se que, nos termos do art. 28-A, § 5º do CPP, “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor, sendo certo que, na hipótese do juiz recusar a homologação, (...) devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, nos termos do § 8º, do art. 28-A CPP”.

Entende-se, na espécie, que o legislador processual penal não se atentou para o sistema acusatório, possibilitando ao órgão jurisdicional uma intervenção proativa na convencionalidade das partes do contraditório. O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, incumbindo-lhe verificar se, de fato, as condições fáticas são legitimadoras da proposição de não proposição. Assim, seria recomendável, *de lege ferenda*, que se estabelecesse na legislação processual penal encartada no § 14º do art. 28-A, CPP, segundo a qual “No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”.

Assim, preconiza-se, neste estudo, que os eventuais atos normativos dos Ministérios Públicos ou do Conselho Nacional do Ministério Público disponham de modo diverso da disposição processual penal, no sentido de que, diante da não homologação do acordo de não persecução cível pelo órgão investido de jurisdição, e diante da insistência do Promotor de Justiça de manter seu posicionamento, remeter o fato à apreciação do Conselho Superior, que poderá insistir na proposição do acordo de não persecução cível, ou designar outro Promotor de Justiça para que ofereça a denúncia, já que se assegura a independência funcional do agente Ministerial.

4.3. Eventuais limites às espécies de sanções: renúncia a direitos fundamentais

O que se discute é investigar se há plena liberdade de proposição de todas espécies de sanções decorrentes do ato ímprobo ou se, na hipótese de suspensão dos direitos políticos ou perda da função pública, exige-se o transcurso do devido processo legal, com a respectiva prolação de uma sentença condenatória. De igual modo, há que se analisar se o cidadão pode, livremente, renunciar ao exercício de direito fundamental, já que a participação do cidadão nas decisões políticas fundamentais é pressuposto da República (art. 1º da CF).

Nesta vertente, poderia se argumentar pela inadmissibilidade de se propor a suspensão de direitos políticos ou a perda da função pública no acordo de não persecução cível, quer porque se trata de direito político, ativo e passivo, que se

materializa em prerrogativa indissociável de todo cidadão em qualquer Estado Democrático de Direito, quer porque o direito ao trabalho é também direito fundamental de matiz social (art. 7º da CF).

O problema, todavia, deve ser analisado sob vertente diversa. Ao tempo em que se admite a limitação ou restrições de direitos fundamentais, consoante será oportunamente defendido, forçoso é reconhecer que, na hipótese, tem-se uma limitação a direitos fundamentais decorrentes de uma manifestação de vontade livre e consciente do agente ímprobo, pressuposto de sua ação livre e responsável, assim como do exercício da própria pretensão de punir do Estado, fruto do poder-dever que lhe é imposto pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais, para salvaguardar a convivência pacífica do homem em sociedade.

As sanções impostas pela prática de fato ilícito, penal ou decorrente do ato de improbidade administrativa, provêm do exercício do poder punitivo do Estado, que recebe do titular do poder (povo) o dever de resguardar os valores fundamentais do homem, mediante a ameaça de uma sanção.

Assim, ao tempo em que o Estado tem o dever de respeitar os direitos fundamentais de autores de fatos ilícitos, em igual medida, necessita salvaguardar os bens jurídicos de titularidade das vítimas, sob pena de uma proteção ineficiente dos valores constitucionais.

Enfatizam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, com habitual propriedade, que:

[o] princípio da proporcionalidade é concebido tradicionalmente como um instrumento para controle de excessos no exercício do poder estatal, visando a conter o arbítrio dos governantes. Porém, no cenário contemporâneo, sabe-se que os poderes públicos têm funções positivas importantes para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem estar coletivo. Hoje, compreende-se que o papel do Estado atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, e que ele ofende a ordem jurídica e a Constituição não apenas quando pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou o faz de modo insuficiente. Nesse contexto, há quem defenda que o princípio da proporcionalidade pode também ser utilizado para combater a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela Constituição.¹²

¹² SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 482.

Nesse cenário, pode-se afirmar que a imposição de sanção decorrente do fato ilícito (na espécie, ímprobo) trata-se de simples emanção do poder punitivo do Estado, sendo ato de coação que decorre do exercício de seu poder de cumprir as regras de comportamento previstas no sistema jurídico. O exercício desta pretensão punitiva nasce no exato momento em que o agente, dotado de plena liberdade de ação e capacidade de autodeterminação, resolve praticar o injusto ímprobo, consciente que estará sujeito a uma sanção prévia, escrita e taxativa (princípio da legalidade).

Portanto, sua submissão às sanções previamente descritas nos microsistemas punitivos do Estado tem como conteúdo fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente resguardado no art. 1º da CF, porque decorre do livre arbítrio que se confere ao homem para atuar em conformidade ou desconformidade com o direito.

A força normativa deste princípio também espraia seus efeitos na possibilidade do autor do fato aceitar as sanções decorrentes do fato ímprobo praticado, após a emissão de um juízo de valor quanto aos prováveis benefícios de sua admissão (v.g. não submissão a uma relação jurídica processual que se protraia no tempo, constrição de bens, eventuais medidas cautelares de natureza invasiva etc.).

Com efeito, a dignidade da pessoa humana, postulado indispensável de um Estado de Direito Democrático, alicerça e fundamenta a possibilidade do autor de fato ímprobo, devidamente assistido por defesa técnica e no exercício da autodefesa, confessar a prática do ato de improbidade administrativa e aceitar as sanções propostas. Confere-se ao homem, por sua própria condição (ontológica), a plena capacidade de se autodeterminar, de forma responsável. Reputa-se contraditório, que de um lado o Estado tutele constitucionalmente os direitos fundamentais do homem e, de outro, proíba que este mesmo homem, dotado de capacidade e liberdade, não possa decidir como melhor lhe aprouver.

Luiz Regis Prado, esteado no princípio da dignidade da pessoa humana, extrai um conceito material da culpabilidade, ao enfatizar que “deve ser coerente com o conceito de ser humano que inspira o texto constitucional. A Carta Brasileira se funda em uma concepção do homem como pessoa, como ser responsável, capaz de se autodeterminar segundo critérios normativos”¹³. Continua, linhas a frente, enfatizando que:

[...] o conceito de liberdade aqui manejado é um conceito normativo e não metafísico, conforme a Constituição. Nada mais claro. No Estado de Direito democrático e social, o predomínio do ser humano deve ser indiscutível; há de ser sempre o fim precípuo de toda atividade estatal. Trata-se de alicerçar, em termos substanciais, a culpabilidade

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 420.

no reconhecimento da dignidade humana, considerando-a como ser livre e responsável, valores imanentes à sociedade democrática.¹⁴

Assim, não é crível que a ordem jurídica, fundada em valores imanentes de um Estado de Direito Democrático, cujo postulado é a dignidade da pessoa humana, não confira a capacidade do homem de se autodeterminar (o que está contido no princípio da ampla defesa), avaliando concretamente se quer ou não aceitar uma sanção antecipadamente proposta pelo Estado acusação, em decorrência da prática de um ato ilícito (ato de improbidade administrativa de escassa magnitude do injusto).

Luiz Roberto Barroso, ainda no exercício da advocacia, foi instado a se pronunciar acerca da eventual possibilidade das testemunhas de Jeová se recusarem a submissão de transfusões de sangue, ainda que em iminente perigo de vida. Nessa ocasião, destacou que “Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela”¹⁵.

Esclareceu Barroso, ainda, que o princípio da dignidade humana deve ser visto sob uma perspectiva social e individual. A dimensão individual da dignidade tem a noção de autonomia seu maior referencial, que se desdobra em múltiplos aspectos. Dois deles, todavia, é que interessam ao tema proposto – capacidade de autodeterminação e condições adequadas para seu exercício. A delimitação conceitual do autor faz-se necessária:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade.¹⁶

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BARROSO, Luiz Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

O segundo aspecto diz respeito às condições para o exercício da autodeterminação, correspondente à “possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica”¹⁷.

Portanto, vislumbra-se a plena possibilidade de proposição de qualquer espécie de sanção, já que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana confere ao homem plena liberdade de vontade, para fazer ou deixar de fazer o que lhe melhor aprouver. Desta liberdade, todavia, advém a necessária responsabilidade pelas decisões tomadas. Então, forçoso é reconhecer que o autor do fato ímprobo, uma vez decidido firmar o acordo de não persecução, livremente (autodefesa) e referendado pela defesa técnica, pode aceitar as sanções que entenda necessária e suficiente, para reprimir e prevenir, o ato de improbidade administrativa por ele praticado.

Acrescente-se, outrossim, que se o autor do fato ímprobo, agente público ou político, tem possibilidade de pedir exoneração ou renunciar seu cargo, também pode decidir, espontaneamente, sair da vida pública, por um período de tempo estabelecido. Por isso, não se vislumbra qualquer óbice que lhe impeça de, livremente, convencionar (acordo) com o proponente do acordo sua exoneração ou renúncia ou mesmo a suspensão de seus direitos políticos.

Por outro lado, acomete-se ao juiz natural a competência para homologar o acordo de não persecução, estabelecido pelas partes proponentes. As sanções pactuadas no acordo serão cumpridas por intermédio da força coativa da jurisdição (v.g. o magistrado, esteado no acordo homologado, expedirá um ofício ao tribunal competente para suspensão dos direitos políticos ou ofício ao ente público determinando a perda da função pública).

Questão que merece observação, outrossim, é a possibilidade de se invocar o art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, como negação a proposição de suspensão de direitos políticos ou perda da função pública no acordo de não persecução cível. Registre, a propósito, a dicção legal “Art. 20 - A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.”¹⁸

Entende-se, todavia, que apenas por meio de uma açada e literal interpretação da referida disposição legal poderia se inviabilizar a proposta de suspensão dos direitos políticos ou perda da função pública no acordo de não persecução cível.

Assim, não há dúvida que o art. 20 existe para salvaguardar o cargo do agente público ou político que, uma vez aprovado em concurso público ou vencedor de pleito eleitoral, desempenha função pública e merece uma presunção de legalidade e legitimidade do exercício do cargo, além, é claro, da presunção de inocência garantida constitucionalmente.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de atos de improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 de junho de 1992.

Na espécie em comento, ao contrário, inexistente lide. Não há pretensão resistida. O titular do direito reconhece a prática de um ato de improbidade administrativa e decide, livremente, submeter-se às sanções dela advindas.

Pode-se objetar as afirmações aqui esposadas, no sentido de que o direito de votar e ser votado trata-se de uma das garantias fundamentais do Estado de Direito Democrático. Esta argumentação é facilmente contrariada, já que o art. 15, inciso V da Constituição Federal, admite a suspensão dos direitos políticos decorrentes de ato de improbidade administrativa. Assim, registre-se “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”¹⁹

Nesse ambiente, é pressuposto do acordo de não persecução cível a prática do ato de improbidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa, em reverência ao princípio da inocência e como presunção de legalidade da assunção ao cargo, eletivo ou provindo de concurso público, exige que as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos apenas se darão se houver trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por outro lado, havendo expressa concordância entre as partes, em um negócio jurídico bilateral, que houve a prática de ato de improbidade administrativa, assim como a aceitação das sanções impostas ao autor do fato ímprobo, não há razão, legal ou constitucional, para sua não aceitação.

Apenas para reflexão, poderia o órgão de persecução cível (proponente do acordo), com o propósito de superar eventuais entraves doutrinários ou jurisprudenciais que defendem a irrenunciabilidade de direitos fundamentais, exigir que o autor do fato ímprobo peça exoneração do cargo público ou político, o que, na hipótese, teria um efeito muito semelhante aos fins almejados no negócio jurídico.

Então, não se entende porque o autor não possa, fundado na consensualidade e liberdade de vontade, reconhecer que o ato de improbidade administrativa foi praticado (confissão) e aceite a imposição das sanções de perda da função pública e suspensão de direitos políticos.

Portanto, em sede conclusiva, reputa-se plenamente possível que o autor do fato ímprobo, desde que, mediante o exercício de defesa técnica e autodefesa, aceite um acordo proposto pelo Ministério Público, correspondente à submissão de sanções de maior gravidade.

¹⁹ BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

5. Acordo de Não Persecução Cível e colaboração premiada: aproximações e distinções

O acordo de não persecução cível trata-se de um negócio jurídico bilateral *sui generis*, já que se confere ao autor do fato ímprobo a possibilidade de negociação de apenas parte do negócio proposto. O proponente do acordo de não persecução cível está vinculado a gravidade do fato ímprobo para propor a sanção. No acordo de leniência, de pessoa física ou jurídica, há negociabilidade sobre todos os termos do acordo a ser firmado, sobretudo quanto a própria sanção proposta, total (isenção ou não imputação) ou parcial (redução de pena).

De outro lado, na leniência, o móvel do colaborador é a obtenção de um benefício do Estado, consistente na redução ou isenção de sua pena, desde que colabore com o deslinde da investigação. De igual modo, fundado na necessidade da investigação ou nos pressupostos estabelecidos na lei penal referencial (Lei nº 12850/2013), pode o titular da acusação optar por uma, algumas ou até mesmo pela ausência de sanção, que serão estabelecidas no acordo de não persecução cível, analogicamente aplicável.

A leniência trata-se de causa geral de redução ou isenção de pena, ou de não imputação penal, dependendo das hipóteses estabelecidas, respectivamente, pelas disposições penais encartadas na Lei nº 9807/1999²⁰ e na Lei nº 12850/2013. Estas legislações serão aplicadas analogicamente ao direito administrativo sancionador, até que sobrevenha atos normativos próprios, consentâneos com as características do direito administrativo sancionador.

É evidente que na leniência há interesses contrapostos. De um lado está o titular da investigação, que almeja descortinar os fatos delituosos e ímprobos investigados, para reprimir ou prevenir novos fatos, ou mesmo localizar pessoas ou bens desviados ou amealhados pelo grupo. De outro, há o interesse pessoal do autor do delito, de reduzir sua pena, em decorrência de sua colaboração.

Ao contrário, já no acordo de não persecução cível em sentido estrito, sua concessão não se condiciona ao proveito a investigação, mas simples proveito dos proponentes, com interesses opostos: de um lado está o Ministério Público (via de regra), com o poder-dever de, após emitir um juízo de valor esteado no princípio

²⁰ Esta Lei estabelece os requisitos a colaboração premiada geral, sendo certo que a Lei nº 12850/13 limita-se a sua aplicação às organizações criminosas. Assim, nos termos da Lei nº 9807/99, dispõe-se que: “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”.

da proporcionalidade e na magnitude do injusto, propor as sanções necessárias e suficientes. Agrega-se, outrossim, que, ao se antecipar a sanção, resguarda-se a efetividade dos interesses transindividuais, com prevalência dos princípios da economicidade e eficiência administrativa, tendo como primazia o rápido ressarcimento dos danos eventualmente ocasionados ao Estado; para o autor do fato ímprobo, o aperfeiçoamento de um acordo de não persecução cível tem finalidade econômica, evita constrições patrimoniais, não submissão de cautelares de natureza invasiva (busca e apreensão, sequestro de bens) etc.

Na hipótese em que a colaboração na Lei de Improbidade Administrativa ou da Lei Anticorrupção for de tal importância para a investigação, que legitimar a ausência de sanção, certo que o colaborador assumirá o compromisso de confirmar em juízo os fatos por ele declarados, assim como apresentar elementos de prova que confirmem as versões apresentadas aos órgãos de persecução.

6. Conclusões

O acordo de não persecução cível é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, firmado entre um dos legitimados e o autor do fato ímprobo, antes ou durante o processo (até a contestação), em que se estabelece uma ou várias sanções decorrentes da prática do ato de improbidade administrativa (art. 12, da Lei nº 8429/1992).

O acordo de não persecução cível pode ser firmado judicial ou extrajudicialmente. É gênero de que são espécies o compromisso de ajustamento de conduta, o acordo de persecução em sentido estrito não instrumental e acordos instrumentais (colaboração premiada na improbidade administrativa; acordo de leniência).

No compromisso de ajustamento de conduta não se admite disponibilidade do direito material, objeto do ajuste. No acordo de não persecução cível em sentido estrito, ao contrário, há margem de disponibilidade.

Diante da ausência de previsão normativa no âmbito processual civil acerca dos pressupostos de aplicação do acordo de não persecução civil, aplica-se, analogicamente e em decorrência do diálogo das fontes, os pressupostos encartados no art. 28-A do Código de Processo Penal, até que sobrevenha regramento normativo específico (*lege ferenda*).

Todos os colegitimados podem firmar o acordo de não persecução cível, mas o aperfeiçoamento por um deles não exclui ou inviabiliza o direito de ação dos demais.

Deve-se constar no acordo de não persecução cível a possibilidade à utilização de elementos de prova dele decorrentes pelos demais colegitimados ou entes públicos, em reverência aos princípios da boa-fé e segurança jurídica.

O acordo de não persecução cível é ato discricionário. Não gera direito subjetivo à sua obtenção. Sua realização exige a devida fundamentação para sua proposição, assim como justificativa das espécies de sanções aplicáveis.

As sanções a serem propostas no acordo de não persecução cível em sentido estrito devem ser proporcionais à magnitude do injusto ímprobo (desvalor de comportamento e resultado), assim como ao caráter de prevenção geral e especial do ato ímprobo. Portanto, a escolha da espécie proposta não é livre ou arbitrária, mas discricionariamente motivada.

Via de regra o órgão jurisdicional limita-se a homologar o acordo de não persecução cível. Excepcionalmente, poderá recusar sua homologação, ao se constatar evidente desproporção entre a sanção proposta frente a magnitude do injusto ímprobo. Aplica-se, analogicamente, o art. 28 do Código de Processo Penal (proponente é o Ministério Público) para reapreciar eventualmente a matéria.

Embora seja admissível a restrição a direitos fundamentais, entende-se que qualquer espécie de sanção pode ser proposta no acordo de não persecução cível, já que a liberdade de vontade é consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que confere ao titular de direitos, a um só tempo, capacidade de autodeterminação e consequente responsabilidade dela decorrente; e a prática de um ato ilícito, livre e responsável, tem como consequência a submissão de seu autor ao exercício da pretensão punitiva do Estado.

Tanto o acordo de não persecução cível em sentido estrito como a colaboração premiada na improbidade administrativa tratam-se de negócios jurídicos bilaterais. Há, todavia, na colaboração premiada, a negociabilidade de todos os seus termos, o que não ocorre no acordo de não persecução cível, que possui finalidades distintas e limitações consentâneas com a natureza deste instituto.

Como a colaboração premiada na improbidade administrativa segue as características da colaboração na seara penal, no sentido de que sua precípua finalidade é de coadjuvação dos órgãos estatais de investigação, a determinação da sanção é proporcional à profundidade e extensão da colaboração, assim como aos meios de prova nela contidas, podendo, a partir de sua extensão e significado para o desenrolar da investigação, estear a redução, isenção ou até a não imputação da acusação em juízo. No acordo de não persecução cível em sentido estrito (não instrumental), ao contrário, as espécies de sanções estão jungidas ao maior ou menor desvalor de comportamento e resultado, componentes do injusto ímprobo, assim como na prevenção, geral e especial do ato ímprobo.